



**Recurso nº 148/2013**

**Resolución nº 135/2013**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 5 de abril de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por Don. G. C. D. , en nombre y representación de ORANGE FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U - ORANGE (en adelante ORANGE), contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de telefonía móvil para la Corporación Mutua, Entidad Mancomunada de Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social nº 68 (en adelante Corporación Mutua) expediente 5/2012, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Corporación Mutua convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 14 de diciembre de 2012, y en el Diario Oficial de la Unión Europea, la licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un *contrato de servicios de telefonía móvil*, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 1 de febrero de 2013.

Dicho contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada por razón de su valor estimado, 2.299.559,47 €.

A la mencionada licitación, concurrieron dos licitadores; TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U., y ORANGE, que ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

**Segundo.** La Mesa de contratación procedió al examen de la documentación presentada, advirtiendo que ORANGE había introducido en el sobre dos destinado a la *proposición*

*técnica cuya valoración esté sujeta a criterios ponderables en función de un juicio de valor, su propuesta económica.*

Como consecuencia de este hecho se acordó por resolución de 4 de febrero de 2013 la exclusión de ORANGE del procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el pliego de condiciones particulares en su apartado 8.4.1., que fue comunicada al licitador en el acto de apertura de sobres, acaecida el 4 de marzo del mismo año.

**Tercero.** Frente a dicha resolución, ORANGE presentó en el registro de Corporación Mutua el 12 de marzo de 2013, recurso especial en materia de contratación.

Solicita la recurrente la declaración de nulidad de dicha resolución de exclusión al entender que del tenor del apartado 8.4.2. del pliego de condiciones particulares se deduce la posibilidad de acompañar la propuesta técnica de alegaciones complementarias, de lo que en su opinión se deduce, al no establecerse una prohibición expresa, la facultad de añadir la propuesta económica.

Apreciada la concurrencia de defectos en el escrito de recurso presentado, fue requerida la recurrente el 26 de marzo concediendo plazo de tres días para su subsanación con apercibimiento de posible inadmisión en caso de no procederse a la misma. Dentro del plazo concedido, mediante escrito presentado en el registro de este Tribunal el 27 de marzo suscrito por D. R. R. C., acompañado de la escritura de poder que le atribuye las facultades 7.a) y c) para ratificar el recurso presentado, se efectuó la subsanación del recurso, procediendo su tramitación.

**Cuarto.** Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), el órgano de contratación procedió a la remisión del expediente, acompañado del correspondiente informe.

El mencionado informe del órgano de contratación, documento nº 13- páginas 212 a 219- así como el documento nº14 –páginas 220 a 224-, resumidamente, vienen a expresar que el recurso está fundado en una interpretación parcial y sesgada del pliego de condiciones particulares por cuanto se invoca la facultad otorgada a los licitadores de efectuar las aclaraciones complementarias o explicativas de la proposición técnica que juzguen

oportunas en su apartado 8.4.2., cosa que no se niega, pero que no puede entenderse separadamente de la prohibición expresa que contiene el mismo pliego en el párrafo inmediatamente anterior de que en ningún caso puede incluirse la proposición económica en el sobre destinado a la propuesta técnica.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el 21 de marzo de 2013 el recurso a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U., en su condición de interesado en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, no habiendo ejercido su derecho.

**Quinto.** No se ha instado por la recurrente ni acordado de oficio la adopción de medida cautelar alguna a los efectos del artículo 45 del TRLCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

**Segundo.** La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

En efecto, la entidad recurrente ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado excluida por el acuerdo recurrido.

**Tercero.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Cuarto.** El contrato objeto del recurso es un contrato de servicio sujeto a regulación armonizada a los efectos del artículo 16 del TRLCSP por lo que el acuerdo de exclusión de la recurrente es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1. b) del mismo texto legal.

**Quinto.** Este Tribunal ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011).

En este caso la inclusión de la oferta económica en el sobre destinado a la documentación relativa a los criterios sujetos a evaluación mediante juicios de valor, supone infracción de lo dispuesto en el pliego de condiciones particulares (8.4.1) y del artículo 150.2 del TRLCSP, así como de los artículos 26 y 30.2 del RD 817/2009, que aprueba el Reglamento vigente.

El mencionado artículo 150.2 en su último párrafo dice:

*La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.*

Sobre este precepto en nuestras resoluciones 147/2011, 191/2011, 295/2011, 67/2012, 243/2012, 22/2013, 27/2013, pusimos de manifiesto que la documentación conteniendo los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas no debía incluirse en el sobre de la documentación relativa a propuestas sujetas a juicios de valor, pues ello supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella.

Dice así la mencionada resolución 191/2011 sobre esta cuestión:

*El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).*

*A esta exigencia obedece que los artículos 129 y 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, establezcan que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.*

*En fin son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 134. 2 de la Ley disponga que “la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”, y que en su ejecución el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro el artículo 26 imponga que “la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”.*

*Así las cosas la norma cuando se refiere a “documentación” no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con*

*carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores.*

*De otra parte la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y, en consecuencia con ella, la contenida en la cláusula 4.7.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato al que se refiere la impugnación, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.*

*Constatada la introducción de información correspondiente al sobre 3º en el 2º, se ha vulnerado el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público y resulta de aplicación la cláusula 4.7.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato al que se refiere la impugnación, por lo que debe ratificarse la exclusión acordada y desestimar el recurso interpuesto.*

En este caso el pliego de condiciones particulares, apartado 8.4.1, prohíbe expresamente que se anticipe el contenido de la oferta económica en la proposición técnica sujeta a juicio de valor.

Por parte de ORANGE se incluye en el sobre dos, destinado a contener la *proposición técnica cuya valoración esté sujeta a criterios ponderables en función de un juicio de valor*, el contenido de la oferta económica, información correspondiente al sobre tercero.

Tal y como imponen los artículos 150.2 (último párrafo) del Texto Refundido de la Ley (antiguo art. 134.2 de la Ley 30/2007), 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y así se razonaba por este Tribunal en casos análogos, procede la exclusión de la recurrente.

**Sexto.** Concorre temeridad en la actuación de la recurrente a los efectos del art. 47.5 del TRLCSP por cuanto sus argumentos para atacar la legalidad del acuerdo impugnado son vagos y faltos de congruencia.

De un lado invoca el pasaje del pliego de condiciones particulares en la parte que supuestamente le favorece, esto es, la que permite a los licitadores hacer las aclaraciones o complementos que juzguen por conveniente a la propuesta técnica presentada, y de otro ignora la parte inmediatamente anterior de dicho pliego que expresamente prohíbe la inclusión en el mencionado sobre número dos -reservado para la propuesta técnica- del contenido de la oferta económica.

El carácter incongruente de dichas alegaciones se deduce de su contradicción evidente con el tenor de los pliegos que es diáfano al proscribir expresamente la inclusión de la oferta económica con la proposición técnica y su vaguedad se aprecia de su tenor que se limita a transcribir una parte de los mencionados pliegos obviando temerariamente la parte que prohíbe dicha inclusión, pretendiendo generar artificialmente una duda interpretativa a todas luces inexistente. Además es reiterada y conocida la doctrina de este Tribunal acerca de la procedencia de la inadmisión del licitador en casos análogos al presente de inclusión de la oferta económica en el sobre destinado a la propuesta técnica sujeta a juicio de valor, a cuyo efecto pueden citarse las resoluciones 147/2011,191/2011,295/2011,67/2012, 243/2012,22/2013, 27/2013, entre otras muchas.

Como tiene dicho este Tribunal entre otras en su resolución 83/2012, la multa procedente para los supuestos, como es el caso, en que se interpone un recurso especial en materia de contratación de forma temeraria o con mala fe, se calcula con arreglo al art. 47.5 del TRLCSP atendiendo al grado de la mala fe y al perjuicio ocasionado. En este caso no se deduce del informe del órgano de contratación (documento nº 13) ni del informe del director gerente de la Corporación (documento nº 14) un perjuicio más allá de los inherentes a dicha interposición dado que tampoco se ha instado ni acordado la medida de suspensión, por lo que procede aplicar dicha sanción en su mínima extensión, esto es, 1000€.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U - ORANGE, contra el acuerdo dictado por la Corporación Mutua, Entidad Mancomunada de

Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social nº 68, de 4 de febrero de 2013 por el que se le excluye del expediente de contratación 5/ 2012.

**Segundo.** Declarar la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que se impone a la recurrente la sanción de multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP en su grado mínimo, importando 1000 €.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.